

Roma, 05/07/2010

Ai Presidenti,
Amministratori Delegati e Direttori
delle Aziende, Società ed Enti associati

Prot. n. 147/2010/D/gg

e, p.c. Ai Presidenti e Direttori
delle Associazioni Regionali

LORO SEDI

Oggetto: novità giurisprudenziali

Si segnalano i provvedimenti ritenuti di maggior interesse per il sistema delle aziende associate. Il testo integrale dei documenti richiamati è disponibile per la consultazione in allegato alla presente.

Corte Costituzionale, sentenza 17 giugno 2009 n. 215: incostituzionalità dell'art. 4, commi 1, 2, 3 e 4, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 in materia di interventi urgenti per le reti dell'energia

La pronuncia boccia alcune disposizioni del D.L. 78/2009, recante "Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini", convertito, con modificazioni, dalla l. 102/2009. Le censure originano dalla questione di legittimità sollevata dalla regione Umbria con riferimento ai commi 1, 2, 3 e 4, dell'articolo 4 del provvedimento citato. Le prime due previsioni richiamate attribuiscono, rispettivamente, al Consiglio dei Ministri la facoltà di individuare interventi relativi al trasporto ed alla distribuzione dell'energia, da realizzare con capitale prevalentemente o interamente privato, per i quali ricorrono particolari ragioni di urgenza in riferimento allo sviluppo socio-economico e che devono essere effettuati con mezzi e poteri straordinari, senza la necessità dell'intesa con la Regione, e di nominare uno o più Commissari straordinari per la realizzazione di tali interventi. Il comma 3 concede, invece, ai titolari di tali cariche il potere di fissare, per l'attività richiesta per l'autorizzazione e l'esecuzione degli interventi in questione, termini più brevi rispetto a quelli ordinariamente previsti e - in tutti i casi in cui le amministrazioni non rispettino tali termini (quelli ordinari ovvero quelli da lui abbreviati) - di sostituirsi alle medesime nel compimento delle operazioni di loro competenza. Il comma 4 demanda, infine, ad un provvedimento del Consiglio dei Ministri l'indicazione delle strutture di cui si potrà avvalere il Commissario straordinario, nonché dei poteri di controllo e di vigilanza del Ministro per la semplificazione normativa e degli altri Ministri competenti.

Secondo la Corte, in considerazione del fatto che si verte in materia di produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia, non può in astratto contestarsi che l'individuazione e la realizzazione dei relativi interventi possa essere compiuta a livello centrale, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. In concreto, però, quando un simile spostamento di competenze è motivato con l'urgenza che si ritiene necessaria nell'esecuzione delle opere, esso deve essere confortato da valide e convincenti argomentazioni.

Da un'analisi del contenuto della disposizione controversa, i canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale al fine di riconoscere la legittimità di previsioni legislative che attraggano in capo allo Stato funzioni di competenza delle Regioni non sarebbero stati rispettati. Ne discende pertanto la declaratoria di incostituzionalità.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 8 giugno 2010 n. 3637: collegamento sostanziale tra imprese

Il Collegio ritorna a trattare la delicata questione relativa agli "indizi" attraverso i quali desumere la sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra imprese concorrenti, rilevante, come noto, ai fini dell'applicazione della causa di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi di cui all'art. 38, c. 1, lett. m-quater e c. 2, D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice appalti).

I giudici amministrativi procedono in prima battuta ad un'analisi dei fattori che hanno portato la stazione appaltante ad accertare l'esistenza di tale rapporto nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento di lavori di manutenzione straordinaria, ossia oltre ai legami di parentela tra i soci e gli amministratori delle due società, gli aspetti esteriori delle offerte quali i caratteri tipografici, il tipo di buste, l'ufficio di spedizione, la scrittura di redazione. Conseguentemente, sulla base degli orientamenti consolidatisi nel corso degli anni puntualmente indicati, dichiarano illegittimo il provvedimento di esclusione in quanto, nel caso sottoposto al loro giudizio, difetterebbero gli elementi univoci per ritenere che le offerte siano espressione di un unico centro decisionale. Al punto 12.5 del documento si legge infatti che "Eventuali comunanze a livello strutturale sono...di per sé insufficienti, essendo necessario verificare se tale comunanza abbia avuto un impatto concreto sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, con l'effetto di determinare la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale".

I pronunciamenti giurisprudenziali in materia risultano oltremodo utili agli operatori del settore, al fine di fornire, a fronte di una normativa poco chiara, in attesa degli auspicabili interventi istituzionali in tal senso, criteri atti ad individuare nella pratica, a livello di *lex specialis*, la documentazione idonea a comprovare la legittimità della partecipazione pur in presenza di una situazione definita a livello giuridico di controllo o similia.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 maggio 2010 n. 3125: requisiti di partecipazione alle gare

Il provvedimento fornisce chiarimenti in merito all'individuazione del dies a quo del termine iniziale dell'interdizione annuale dalle gare per chi abbia reso false dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, c. 1, lett. h), D.Lgs. 163/2006.

Come noto, tale norma punisce con l'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica e con il divieto di stipulare i relativi contratti i concorrenti "che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

In ordine all'accertamento dell'evento da considerare ai fini del decorso dell'arco temporale individuato dalla norma si riscontrano orientamenti giurisprudenziali oscillanti, dei quali da conto la sentenza di cui si discute.

Per superare i problemi interpretativi collegati all'applicazione della sanzione, il Consiglio ritiene maggiormente in linea con le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, l'indirizzo espresso dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha stabilito come gli effetti dell'interdizione annuale decorrano dalla data di iscrizione nel Casellario delle notizie concernenti le false dichiarazioni, unico riferimento temporale certo e non contestabile. Da tale assunto, discende che le uniche condotte ritenute mendaci dalla stazione appaltante che assumono rilievo ai fini dell'interdizione annuale riguardano gli episodi in cui la falsità delle dichiarazioni rese in sede di gara sia stata "certificata" dall'Autorità di vigilanza attraverso l'annotazione nell'apposito Casellario.

TAR Puglia, Bari, sez. I, sentenza 17 maggio 2010 n. 1898: sulla qualificazione del servizio di pulizia

Il tribunale è chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità della costituzione da parte di un'azienda sanitaria di una società interamente pubblica a cui è stata affidato in house, per quanto qui interessa, lo svolgimento del servizio di pulizia presso le strutture ed i presidi di zona.

I giudici amministrativi trattano la vicenda facendo riferimento ai limiti posti dall'art. 3, c. 27, della l. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che vieta alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, del D. Lgs. 165/2001, di costituire società aventi per oggetto "attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" né assumere o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, eccezion fatta per quelle che producono "servizi di interesse generale" ovvero che forniscono servizi di committenza.

Analizzandone le caratteristiche, il TAR ritiene che l'attività di pulizia degli immobili e degli uffici non possa in alcun modo essere qualificata come "strettamente necessaria" al perseguimento delle finalità istituzionali dell'Azienda nel senso richiesto dalla norma. Si tratterebbe, infatti, di servizi comuni e generici, strumentali all'esercizio di qualunque attività pubblica o privata, erogabili da qualsiasi soggetto ed a favore di chiunque. Il loro affidamento costituirebbe, pertanto, un appalto di servizi, regolato dal Codice dei contratti pubblici e dalle direttive comunitarie in materia, improntate alla tutela della concorrenza ed alla massima apertura dei mercati.

Sulla scorta del quadro delineato, la sentenza depone per l'applicazione del divieto disposto dalla legge finanziaria 2008 nella fattispecie esaminata e dichiara, quindi l'illegittimità dell'operazione posta in essere dall'amministrazione.

Cordiali saluti.

Il Coordinatore del Comitato di Direzione
Avv. Guido Del Mese



Allegati: n. 4 provvedimenti